

مقدمة

القانون الدولي الخاص حديث النشأة وكان يطلق عليه قواعد تنازع القوانين. ويعتبر الفقه الأمريكي أول من استعمل عبارة القانون الخاص ومن ذلك الوقت شاعت هذه العبارة وأصبحت اصطلاحاً لهذا الفرع من القانون في مختلف دول العالم ورغم شيوع هذا الفرع من القانون إلا أنه لاقى انتقادات كثيرة ، فكيف يكون هذا الفرع من القانون دولياً وخصوصاً في نفس الوقت، ففي ذلك تناقض . ورغم بحث الفقهاء عن تسميات أخرى له إلا أن ذلك لم يمنع من بقاء اصطلاح "القانون الدولي الخاص" وقد اختلف الفقهاء في تحديد المواضيع التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص. وهو موضوع دراستنا هذه السنة.

نطاق القانون الدولي الخاص

يقصد بنطاق القانون الدولي الخاص تحديد الموضوعات التي تعتبر من منهم ما يبحث فيه هذا النوع من القانون

وهناك أربعة موضوعات يمكن أن تدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص هي (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية ومركز الأجانب). إلا أن الفقه اختلف فيما يخصه اعتبار الاختصاص القضائي الدولي والجنسية ومركز الأجانب من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص وهنا يقسم الفقه إلى فقه موسع لنطاق القانون الدولي الخاص وفقه مصنف وفقه وسطي.

أ- الفقه المضيق لنطاق القانون الدولي الخاص

هو الفقه الذي يقصر نطاق هذا الفرع من القانون على موضوع واحد هو موضوع تنازع القوانين. ويكون هناك تنازع للقوانين عندما نكون بصدد علاقة قانونية متعلقة بعدة دول لاشتراكه على عنصر أجنبي فنطرح مشكلة اختيار بين قوانين هذه الدول والمثال على ذلك لو اشترى جزائري من فرنسي عقاراً يقع في المغرب فما هو القانون الذي يطبق على هذا البيع.

ويستند الفقهاء على مجموعة من الحجج لاعتناقهم هذا الرأي تتمثل حول طبيعة قواعد التنازع لأنها لا تطبق مباشرة وإنما تبين لنا القانون الذي ستطبقه عليه من بين قوانين الدول المتزاحمة التي لها علاقة به بينما القواعد الأخرى فإنها تطبق مباشرة لذلك فهي تسمى بالقواعد المادية للقانون الدولي الخاص.

إلى جانب المنهج المتبع فإنه في تنازع القوانين لإيجاد الحل ينبغي إحداث ما يسمى بالأفكار المسندة وإسناد كل منها إلى قانون دولة معينة عن طريق ضابط الإسناد.

- هناك بعض الفقهاء من يدخل موضوعاً واحداً من مواضيع القانون الدولي الخاص المذكورة سابقاً إلى جانب تنازع القوانين، ومثال ذلك اعتبار القانون الدولي الخاص يتضمن الاختصاص القضائي الدولي و تنازع القوانين ويسود هذا المفهوم في البلدان الأنكلوسكسونية .

ويستند هذا الفقه على أساس الترابط الموجود بينهما فلا يمكن أن تطرح مسألة الاختصاص القضائي الدولي إلا إذا كانت مسألة تنازع القوانين مطروحة كما أن بعض الفقهاء يدخلون مراكز الأجانب بعد مسألة أولية ينبغي الفصل فيها قبل الفصل في تنازع القوانين كون الأجانب لا يتمتعون بكافة الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون.

الفقه الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص

في هذا المفهوم للقانون الدولي الخاص الذي هو المفهوم الفرنسي فإن القانون الدولي الخاص يشمل في نطاقه إضافة إلى موضوع تنازع القوانين موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي وموضوع مركز الأجانب وموضوع الجنسية ونلاحظ أن هذا المفهوم الموسع لنطاق القانون الدولي الخاص قد أضاف إلى المفهوم السابق موضوع الجنسية فيكون بذلك قد أدخل كل الموضوعات التي ذكرناها في نطاق القانون الدولي الخاص.

ويستند هذا المفهوم في إدخاله لموضوع الجنسية في نطاق القانون الدولي الخاص إلى كون الجنسية تعد ضابطاً للإسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق في مادة تنازع القوانين.

طبيعة القانون الدولي الخاص

ما يمكن ملاحظته من خلال اسم القانون الدولي الخاص أنه قانون دولي وأنه قانون خاص. وهو ما كان محل اختلاف بين الفقهاء فهناك منهم من ينفي عنه صفة الدولية ويثبت له الصفة الداخلية ومنهم من يأخذ رأياً معاكساً.

وهناك فئة أخرى تنفي عنه الصفة الخاصة وتثبت له الصفة العامة والعكس. والسبب في ذلك يرجع إلى تعدد الموضوعات التي يحكمها هذا الفرع من القانون وإلى تناثر القواعد التي تحكمها بين عدة تقنيات. فقواعد تنازع القوانين نجدها مثلاً في الجزائر متضمنة في التقنين المدني وقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي متضمنة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأما قواعد الجنسية فنجدتها يضمنها تقنين خاص لكل القواعد المتضمنة لمركز الأجانب فنجدتها متناثرة في عدة تشريعات.

موقف الفقهاء حول طبيعة القانون الدولي الخاص

أ- آمن الفقهاء من يرى أن القانون الدولي الخاص هو قانون داخلي وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي نيبويه مقدمين عدة حجج لتأييد وجهة نظرهم منها:

أن مصادر القانون الدولي الخاص في غالبيتها داخلية أي وطنية لأن المشرع الوطني هو الذي يضع القواعد التي تحكم علاقاته كما أن الاختصاص بنظر منازعاته ينعقد للقاضي الوطني. كما أن موضوع الجنسية ومركز الأجانب تنظمهما قواعد تضعها الدولة بصفة مستقلة وذلك نظراً لتعلقها بسيادة الدولة.

ب- وهناك اتجاه فقهي آخر يرى أن القانون الدولي الخاص قانون دولي وقد اعتمد هؤلاء على عدة حجج منها:

أن فكرة السيادة والطبيعة الوطنية لحلول التنازع لا تعني بالضرورة إبعاد كل احترام لإرادة الدول الأخرى ونلاحظ ذلك في حال وجود تنازع سلبي وبالتحديد في الحالة التي يرفض فيها القانون الأجنبي الاختصاص المخول له من طرف دولة أخرى والذي يطرح ما يسمى بمشكل الإحالة.

كما أنه رغم صحة ما يقال بشأن مركز الأجانب فإن الدول يحكمها المبدأ الدولي العام المتمثل في المعاملة بالمثل لذلك ترى أن الجانب الدولي بشأن مركز الأجانب ليس غائباً تماماً ونفس الشيء بالنسبة للجنسية التي تحاول كل دولة جاهدة تفادي التنازع الإيجابي أو السلبي للجنسية فنجد بذلك العنصر الدولي موجود.

ج- ما يمكن الأخذ به هو أن القانون الدولي الخاص هو قانون يجمع بين صفة الدولية وصفة الداخلية فهو داخلي بالنسبة لمصادره لأن القواعد التي تحكم مختلف مسائله الداخلية سواء ما تعلق منها بالتنازع أو مركز الأجانب أو الجنسية أو الاختصاص القضائي الدولي وهو دولي بالنظر إلى موضوعه الملائم لأنه ينظم الحياة الخاصة الدولية.

الصفة العامة أو الخاصة للقانون الدولي الخاص

إن استناد نيبوييه ومناصريه يرون أن كل القواعد القانونية التي يكون موضوعها تجديد مجال تطبيق القوانين من حيث المكان تكون متعلقة بسيادة الدولة وعليه فإن قواعد تنازع القوانين لما كان الغرض منها تحديد مجال تطبيق القوانين من حيث المكان وبيان هدي سيادة القانون الوطني بالنسبة للأجنبي فإنها تعد منتمية إلى القانون العام. كما أن قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنتمي إلى القانون العام كونها مستنبطة من قواعد تنظم مرفق عام في الدولة وهو مرفق القضاء أما بالنسبة للجنسية فإنها تستمد صفة العمومية كونها تشكل رابطة سياسية وقانون بين الفرد والدولة وباعتبارها تحدد ركن الشعب في الدولة أما مركز الأجانب فهو موضوع ينظمه القانون الإداري وهو قانون عام في جل مصالحهم كما أن القرارات التي تصدر ضدهم لا يمكن الطعن فيها إلا أمام المحاكم الإدارية. فكثير هي القرارات القضائية بإبعاد أجنبي وطعن فيها أمام القضاء الإداري.

-وهناك رأي آخر معاكس للاتجاه الأول يرى أن القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الدولي الخاص مستندا في ذلك على أنه لا يمكن أن نغير علاقة ما من القانون الخاص لأنها وطنية تغييرها من القانون العام لأنها متعلقة بأجانب.

أما بالنسبة للجنسية فإن تابعة القانون الخاص لأن المنازعات المتعلقة بها تختص بها المحاكم العادية كما أنها تتعلق بحالة الشخص أما مركز الأجانب الذي يهتم بالحقوق السياسية والعامة للأجانب فإنه ليس بعيد عن القانون العام إلى جانب الاختصاص القضائي الدولي. أما فيما يخص تمتعهم ببعض الحقوق المنتمية للقانون الخاص يجعل من هاذين الأخيرين من قواعد القانون الخاص.

وفي الأخير نخلص أن الطبيعة المعقدة للقانون الدولي الخاص جعلت منه فرع قائم بذاته لأنه يأخذ بعين الاعتبار بالمصلحة الوطنية من جانب ويأخذ بما فرضه النظام الدولي من جانب آخر.

القواعد العامة لتنازع القوانين

تنشأ مشكلة تنازع القوانين لما تكون العلاقة القانونية المطروحة أمام القضاء مشتملة على عنصر أجنبي فتكون بذلك ذات صلة بقوانين عدة دول. وتنشأ هذه المشكلة سواء عن طريق أشخاصها أو محلها أو سببها مشكلة إختيار أنسب القوانين لحكمها وتحل هذه المشكلة عن طريق قواعد معينة تسمى بقواعد تنازع القوانين والمتمثلة في قواعد الإسناد.

المقصود بتنازع القوانين

يعرف تنازع القوانين بمعناه الاصطلاحي في القانون الدولي الخاص بأنه تراحم قانونين بشأن حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي ويقصد بالعلاقات القانونية أن يقوم بشأنها التنازع هي تلك العلاقات التي يكون أحد عناصرها أجنبيا كأن يكون أحد أطرافها جزائريا أو يكون سببها وقع في دولة أخرى.

شروط تنازع القوانين

لا يمكن القول بأن هناك تنازع بين قوانين حول العلاقات القانونية المنظمة لعلاقات الأفراد ما لم تتوفر فيهم الشروط التالية:

1-وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي

المقصود من هذا الشرط أن تكون العلاقة القانونية التي يثور بشأنها النزاع بين القوانين ليست وطنية بحتة لأن هذه الأخيرة تخضع إلى القانون الوطني الداخلي وإذا وقع بشأنها تنازع بين القوانين فيكون تنازعا داخليا فلا دخل للقانون الدولي الخاص في ذلك بل المقصود من العلاقة القانونية التي هي محل التنازع هي تلك التي يكون أحد عناصرها أجنبيا. سواء من حيث محلها (الامتناع عن تسليم العقار المباع) أو أطرافها (سواء كان مختلفي الجنسية أو متحديها) فعلاقة الزواج التي تتم في الجزائر بين جزائريين هي علاقة وطنية لا يتوفر شرط العنصر الأجنبي بعكس ما إذا تم في الجزائر أجنبيين أو بين طرفين مختلفين فهنا يطبق القانون الجزائري هو واجب التطبيق طبقا للاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

2-أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليمه

المقصود من هذا الشرط هو أن يفسح المجال أمام القانون الأجنبي للتطبيق من طرف المشرع الوطني وألا يتمسك بتطبيق إقليمية القوانين ويعود سبب السماح بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليم المشرع الوطني إلى ضرورة ازدياد الحاجة الملحة إلى التعاون بين الدول لأنه لم يعد مقبولا لإبقاء الدولة الواحدة أو المجتمع الواحد منعزلا كما أن تمسك الدولة بتطبيق قوانينها الدولية بصفة مطلقة طبقا لمبدأ إقليمية

القوانين ودون إعطاء أي اعتبار لتطبيق قوانين الدول الأخرى فوق إقليمها سوف يؤدي إلى معاملتها بالمثل مما يؤدي في نهاية المطاف إلى التصنيف من مجال القانون الدولي الخاص وعليه فإن معظم الدول قد تخلت عن فكرة الإقليمية المطلقة ومبدأ الامتداد المطلق.

3- أن يكون هناك اختلاف بين أحكام القانون الوطني وأحكام القانون الأجنبي

المقصود من هذا الشرط هو ضرورة وجود تباين بين قواعد وأحكام التشريع الوطني لدولة القاضي المعروض عليه النزاع وبين قواعد وأحكام القانون الأجنبي الذي يريد الاختصاص بحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي باعتباره القانون واجب التطبيق.

4- أن يكون القانون الأجنبي صادرا عن دولة تعترف بها دولة القاضي

إن الدولة التي لا يتم الاعتراف بها طبقا لقواعد القانون الدولي العام من طرف دولة أخرى فإنها لا تعتبر وفقا لوجهة نظر هذه الأخيرة عضوا من أعضاء المجموعة الدولية ويترتب عن ذلك عدم تصور قيام تنازع بين دولة لا تعترف بدولة أخرى.

قواعد الإسناد

إن قواعد الإسناد تؤسس منهاجا خاصا وتنظم جزاءا هاما من مجالات القانون الدولي الخاص وتتمثل في نظرية التنازع الدولي للقوانين ومن ثم فقواعدها تتفق مع القواعد الأخرى المشكلة لهذا الفرع من القانون من عدة أوجه ولكنها تمتاز بكونها خاصة بحل التنازع الدولي بطريقة معينة.

تعريف قاعدة الإسناد

لقد جرت العادة في كل التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري على اتباع الأسلوب الفني القانوني من أجل تنظيم حلول تنازع القوانين في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي ويتمثل هذا الأسلوب في وضع أوصاف قواعد قانونية معينة يطلق عليها اصطلاح تنازع القوانين أو قواعد الإسناد ومهمة هذه القواعد إسناد الحكم إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها من ضمن بقية القوانين الأخرى المتنازعة لأنه هو أكثرها إبطاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظر هذا القانون المختار

وإنطلاقاً من هذا المفهوم العام لقواعد الإسناد المعتمدة في معظم التشريعات الدول الحديثة يمكن تعريفها بأنها قواعد قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات أو المراكز القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي أو هي تلك القواعد القانونية التي تحدد على وجه صحيح القانون المختص بحكم العلاقة القانونية المتمثلة في العنصر الأجنبي والمرفوعة أمام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع.

خصائص قاعدة الإسناد

1-قواعد الإسناد غير المباشرة

بمعنى أنها لا تنطبق هي في حد ذاتها على النزاع المطروح أمام القاضي بصفة مباشرة. إنما دورها يقتصر على تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع لذلك عبر عنها البعض أنها تشبه الشرطي الذي ينظم حركة المرو بين السيارات المتراخمة فهو الذي يوجهها ويعطي إشارة المرور في الإتجاه الصحيح فكذلك قواعد الإسناد بالنسبة إلى تراحم القوانين من أجل حكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي. كما شبهها الفقه الفرنسي تشبيهاً طريفاً بمكتب الإستعلامات في محطة السكة الحديدية، فكما تقتصر مهمة هذا المكتب على الإشارة إلى رصيف القطار الذي يرغب السائل في استقلاله، فكذلك تنحصر وظيفة هذه القواعد في الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وبناء على ذلك فإن قواعد الإسناد حقيقة ليست مباشرة لأنها لا تعطي لنا الحلول للمسائل القانونية المعروضة أمام القاضي فهي لا تنطبق عليها إنما هي تشير لنا بالقانون الذي نجد فيه الحلول للنزاع وهو القانون المختص وليس شرط أن يكون في جميع المجالات القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد هو القانون الأجنبي بل قد يكون في حالات معينة القانون الوطني. فقواعد المواطن تبين كيفية الحصول على الوطن القانوني في الدولة وطريقة تغييره وزواله والقواعد المنظمة لمركز الأجانب تحدد الحقوق والالتزامات التي يخضعون لها في نظام قانوني معين وبالمثل قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية وقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية تبين مباشرة الاختصاص ما إذا كانت المحاكم الوطنية مختصة بنظر منازعة ذات طابع دولي.

2-قواعد الاسناد المزدوجة

تتمتع غالبية قواعد الاسناد بطابع الازدواجية وهو أسلوب انتهجه المشرعون عند سن قواعد التنازع والمقصود منه هو تحديد قاعدة الاسناد متى يكون القانون الاجنبي مختصا في بعض الحالات ومتى يكون القانون الوطني مختصا في حالات أخرى إي إعطاء الاختصاص لأكثر كم قانون واحد وهو ما فعله المشرع الجزائري في قاعدة الاسناد الواردة في المادة 11 من القانون المدني الجزائري التي استندت الاختصاص في الشروط الموضوعية لعقد الزواج بالنسبة إلى الجزائريين إلى القانون الجزائري وبالنسبة

للأجانب لقانون جنسيتهم /م9 م10 ف1 رغم أن جل قواعد الاسناد ازدواجية إلا أن هناك قواعد إسناد فردية والمتمثلة في القاعدة التي تقتصر على تحديد متى يكون القانون الوطني مختصا مثلما فعله المشرع الجزائري في قاعدة الاسناد الواردة في المادة 10 من القانون المدني حيث اسندت الحكم في الحالة والأهلية للأشخاص إلى القانون الجزائري دون الإشارة إلى حكم القانون الأجنبي بالنسبة إلى الأجانب وقد كان المشرع الفرنسي سابقا في وضع قواعد الاسناد الفردية فقد قضت المادة 3 من القانون المدني الفرنسي بقواعد الاسناد الفردية إلى جانب المادة 9 الخاصة بالتكييف والتي صيغت في شكل منفرد.

عناصر قواعد الاسناد

قاعدة الإسناد هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني و هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتعلة على عنصر أجنبي. و من خلال هذا التعريف نجد أن قواعد الاسناد تتكون من ثلاثة عناصر جوهرية ينعلم وجودها القانوني كلما تخلف عنصر منها.

1-الفكرة المسندة

أول عنصر يجب توافره في قاعدة الاسناد في أي تشريع هو الفكرة المسندة التي يمكن تحديد مفهومها في أنها مجموعة من الحالات القانونية تتركز حول محور واحد في المسائل القانونية. مثال ذلك الفكرة المسندة الواردة في نص المادة 17 المدني الجزائري التي تتضمن كل الحالات القانونية المتعلقة بكسب الملكية الحيازة والحقوق العينية في فكرة مسندة واحدة في مركز الأموال كما جمع المشرع جميع الأوضاع المختلفة المتعلقة بالخلافة في المال بسبب الوفاة كشروط استحقاق الميراث وتحديد صفة الوارث وأهمية كل وارث وأسباب الحجز وغيرها في فكرة واحدة هي الميراث فهذه هي الفكرة المسندة في معناها القانوني في القانون الدولي الخاص وقد يكون موضوع الفكرة المسندة مسألة واحدة كما هي الحال في قاعدة الاسناد المشار إليها المادة 17 قانون المدني والتي لم يبعد موضوعها مسألة مركز المال كما قد تناول عدة مسائل كما هي الحال بالنسبة إلى الفكرة المسندة في المادة 10 قانون المدني حيث تتضمن موضوعين متمثلين في الحالة والأهلية.

-وتجدر الإشارة إلى أن الفكرة المسندة هي فكرة قانونية أي أنها مستمدة من أحكام القانون ويترتب على ذلك أن تحديد مضمونها يعتبر مسألة قانونية تخضع إلى رقابة المحكمة العليا.

2-ضابط الاسناد

وهو المعيار المختار من طرف المشرع لكي يرشد القاضي المعروض عليه النزاع في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص الذي يحكم هذه العلاقة أو هو النقطة التي تنير الطريق أمام القاضي نحو معرفة القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي التي تنازع بشأنها قوانين أو على الأقل قانونين.

ويستمد المشرع المعيار الذي اختاره كضابط إسناد من أجل الوصول إلى تطبيق القانون المختص من أجل العلاقة القانونية وليس من خارجها أو من أحد عناصرها الثلاث المكونة لها مثل جنسية الشخص، موطنه، موقع الشيء، أو إرادة الأطراف فإذا قرر المشرع بنص قانوني خضوع الحالة والأهلية إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص بجنسيتهم كان واضحا أنه اختار الجنسية كضابط إسناد مرشد إلى القانون الواجب التطبيق على الحالة والأهلية.

ويأخذ المشرع بضابط الاسناد حسب العنصر الذي له ثقل في العلاقة القانونية فمثلا ضابط الاسناد الذي اختاره المشرع الجزائري في المادة 10 القانون المدني كان بناءا على ثقل عنصر الأشخاص في الأحوال الشخصية.

إذا كان الأصل العام هو وضع ضابط إسناد واحد في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي كما هو الحال في المادة 20 من القانون المدني باختيار ضابط إسناد واحد متمثل في المكان الذي وقع فيه الفعل المنشأ للالتزام إلا أنه يمكن استعمال عدة ضوابط إسناد في العلاقة القانونية الواحد وذلك بحسب هدف المشرع فقد يكون هدفه إخضاع العلاقة إلى أكثر من قانون واحد بالنظر إلى الصلة التي تربط هذه العلاقة بعدة قوانين مثلما جاء في المادة 11 القانون المدني أو على إعطاء الأفراد الحرية للاختيار للقانون الذي يحكم علاقتهم القانونية مثلما جاء في المادة 19 حيث أعطى الاختيار للمتعاقد بين قانون المحل وقانون الوطن المشترك بالنسبة إلى شكل العقود.

3- القانون المسند إليه

هو القانون الذي تشير إليه قاعدة الاسناد الوطنية بأنه الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي التي هي محل النزاع بين قانونين أو أكثر فهذا القانون الذي أرشدنا إليه قاعدة الاسناد بواسطة ضابط الاسناد المختار من طرف المشرع هو القانون المعبر عنه بالقانون المسند إليه ويشترط أن يكون هذا القانون قانون دولة معينة مكتملة العناصر التي يحددها القانون الدولي العام.

إعمال قواعد السناد

عندما يريد القاضي أن يطبق قواعد الاسناد في قانونه تعترضه صعوبات مرجعها وجود مسائل أولية من الضروري الحسم فيها بمنظور قانوني معين قبل التطرق إلى التقنية القانونية المعمول بها للفصل في الموضوع ومرجع هذه الصعوبات هو اختلاف النظم القانونية من بلد إلى آخر لأن قواعد الاسناد وإن كانت تتضمن جملة من طوائف النظم القانونية المتقاربة تتمثل في الأشخاص والأموال والوقائع والتصرفات القانونية ولكن الحلول المقررة تتوقف على مضمون قاعدة الاسناد وطريقة الاسناد وزمان ومكان تحديدها وهو الأمر المختلف فيه.

أ- المشكلة التي تثور بالنسبة لطريقة الاسناد: والمشاكل التي تثور تمس بمضمون قاعدة الاسناد وبالنسبة لطريقة الاسناد والمشكلة الثالثة تثور في حالة خضوع العلاقة القانونية محل النزاع لنظامين قانونيين مختلفين في آن واحد على هذا الأساس يلاحظ أن طريقة إعمال قواعد الاسناد تثير مسائل منهجية أولية أهمها التكيف والإحالة والحسم فيها خاضع لطريقة التفسير المعتمدة في كل نظام قانوني.

وعليه فإن نص المادة 21 من القانون المدني الجزائري قد جاءت صريحة بإلزامها القاضي الجزائري مجبر على الرجوع إلى بنود المعاهدة النافذة في الجزائر.

التكيف (نشأته وتطوره)

ظهرت فكرة التكيف لأول مرة في الفقه الألماني على يد الفقيه كاهن في القرن 19 لأول مرة وذلك خلال مناقشته لبعض الافكار القانونية نشرت عام 1891 حيث ناقش فكرة التكيف الكامن والتنازع المستتر غير أن الفضل يعود إلى الفقيه الفرنسي بارتان الذي أبرز فكرة التكيف وطورها هذا الفقيه وهو

من لاحظ بأن القضاء الفرنسي يقوم بعملية التكييف بطريقة ضمنية دون أن يصرح بها والجدير بالذكر أن التكييف يأتي كمرحلة أولية ضرورية قبل الاسناد.

موقف القضاء من التكييف

هناك قضايا تقليدية مشهورة فصل فيها القضاء الفرنسي استجلى الصعوبات التي تواجه القاضي في التكييف نذكر منها

- **قضية ميراث المالطي:** والتي تتلخص وقائعها في اشتغال زوجين من جزيرة مالطا إلى الجزائر في عهد الاستعمار وأقاما بها وتملك الزوج عقارا ثم توفي وذكر الزوجة بعده فطالبت هذه الأخيرة بحقها على هذا العقار وحسب ما خوله لها القانون المالطي وهو ما يعرف باسم نصيب الزوج البائس وهذا النظام لم يكن معروفا في القانون الفرنسي الذي كان يعطيها الحق فقط في استرداد أموالها الخاصة.

ومن هنا رأى بارتان بأن المحكمة المعروض عليها النزاع لا تستطيع أن تعتق أكثر من حلين هما أن تكييف المحكمة طلب الزوجة على أساس أنه يدخل في مضمون فكرة النظام المالي للزوجين أو أنه تكييف بأنه يدخل في فكرة الميراث مما يؤدي إلى اختلاف المحكمة المختصة الفرنسية أم المطالبة.

- **قضية الهولندي:** وتتخلص وقائع هذه القضية في قيام هولندي بتحرير وصية في فرنسا في الشكل العرفي بخطة وتوقيعه وهذا طبقا للقانون الفرنسي الذي يجبر الوصية هذا الشكل حيث يجيز القضاء والفقه الفرنسيان للأجانب الموجودين بفرنسا إجراء وصاياهم في ذات الشكل أيضا غير أن القانون المدني الهولندي في مادته 992 يستلزم لصحة الوصية أن تكون في الشكل الرسمي ولو حررت خارج هولندا ومن هنا لاحظ الفقيه الفرنسي بارتان أن صحة الوصية من عدمه يتوقف على تكييف المحمة للمنح الذي وضعه القانون الهولندي ويترتب على ذلك أن تكييف المنع بأنه يدخل في شكل الوصية وليس في موضوعها فإنه يؤدي إلى صحتها وإلى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون بلد إبرامها طبقا لقانون اسناده.

تعريف التكييف

يمكن تعريف التكييف على أنه قيام القاضي بتحديد المنازعة المشتعلة على عنصر أجنبي وإعطائها الوصف القانوني الملائم لها بهدف ردها إلى فكرة مسندة معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق أو هو طبيعة المسألة محل النزاع وردها إلى إحدى الأفكار المسندة تمهيدا لاسنادها إلى قانون معين. أو هو تحديد طبيعة المسألة التي تنازعها القوانين لوضعها في طائفة من النظم القانونية لكي يسند حكمها إلى قانون معين.

ويترتب على هذا المفهوم التي تدور حوله جميع التعاريف السابقة الذكر وغيرها من التعاريف الأخرى التي لا تخرج عن هذا الإطار أن عملية التكييف هي عملية أولية أساسية يلجأ إليها القاضي بحثا عن إيجاد الحلول المناسبة لتنازع القوانين خلال تفسيره لقواعد الاسناد لأن هذه الأخيرة نفسها تعتمد أساسا على تحديد طبيعة النزاع وإدراجها ضمن نظام من النظم القانونية الداخلية لقانون القاضي ولن يتحقق ذلك ما لم تجر عملية التكييف كمرحلة سابقة على المراحل الموالية لها.

ويعود السبب الجوهري الذي يجعل التكييف سابقا على قواعد الاسناد إلى أن القوانين والنظم القانونية لكل مجتمع تختلف من بلد إلى آخر في مسألة الوصف القانوني فعلا سبيل المثال القانون اليوناني

جعل من ضمن الشروط الموضوعية لعقد الزواج أن يتم في الكنيسة وإلا كان الزواج باطلا مطلقا في حين يعتبر هذا الشرط شرطا شكليا في قوانين أخرى مثل الجزائري والفرنسي.

أهمية التكييف

ليست عملية التكييف القانوني قاصرة على مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بل نجد عملية تحديد طبيعة النزاع موجودة أيضا في فروع القانون الداخلي مثل قيام القاضي الجزائري الذي يستند إليه التحقيق في مسألة ما بعملية تكييف الدعاوى قبل التطرق إلى الحكم فيها.

كما أن للتكييف أهمية كبيرة في القانون المدني فالقاضي المعروض عليه النزاع في العلاقات القانونية المدنية مطالب بإجراء عملية تكييف العلاقة محل النزاع المطروحة أمامه ما إذا كان الأمر متعلق بعقد بيع أو إيجار.

غير أن أهمية التكييف تكون أكثر أهمية في مجال القانون الدولي الخاص بالنظر إلى طبيعة قواعد هذا القانون لأن القاضي المعروض عليه النزاع في مجال تنازع القوانين لا يستطيع أن يسند العلاقة المتنازع بشأنها وفقا لقواعد الاسناد الوطنية إلى القانون المختص قبل تحديد طبيعتها القانونية بصفة نهائية لكي يعرف القاضي ما إذا كان النزاع يتعلق بالشكل أو المضمون أو يتعلق بحالة الشخص أو أهليته أو أن الأمر يتعلق بالأحوال الجنسية لأن ما يعتبره قانون القاضي مثلا يدخل في الشكل قد يعتبره القانون الآخر يدخل في المضمون مما يجعل التكييف في القانون الدولي الخاص يبلغ درجة من الأهمية.

موقف الفقه من التكييف

اختلف الفقهاء في تعيين القانون الذي يخضع له التكييف فرأى البعض أن التكييف يخضع للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وذهب الرأي الراجح إلى اسناده لقانون القاضي ورأى فريق آخر إخضاع التكييف للمبادئ العامة في القانون المقارن.

1- نظرية خضوع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع

المقصود من هذه النظرية هو أن يرجع القاضي عند قيامه بتحديد طبيعة المسألة المتنازع فيها إلى القانون الواجب التطبيق عليها دون البحث في القوانين الأخرى كقانون القاضي مثلا أو قانون المقارن وعليه إن كان المشرع مثلا قد جعل شكل التصرف في العقود التي تجري بين الأحياء طبقا لصياغة النص القديم أو التصرفات القانونية طبقا لصياغة النص الجديد الوارد في المادة 19 فإنها تخضع في شكلها إلى قانون البلد الذي أبرمت فيه فإنه لكي يعرف القاضي ما يدخل في مفهوم هذا الشكل من عدمه أن يرجع إلى قانون البلد الذي تم فيه التصرف.

وتقوم هذه النظرية على أساس الرجوع إلى قانون غير قانون المختص يرتب نتائج غير منطقية وغير مقبولة.

2-نظرية خضوع التكيف إلى القانون المقارن

ذهب فريق من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه رابل إلى القول بأن مسألة التكيف لا ينبغي أن تخضع إلى قانون دولة معينة منفصلة عن بقية دول العالم بل لابد من المزيد من البحث من أجل الوصول إلى حل يوفق بين المطالب والمثالية العالمية وتقوم هذه النظرية على منهج القانون المقارن.

3-نظرية خضوع التكيف إلى قانون القاضي

تهدف هذه النظرية في مضمونها ومقتضاها القانوني إلى إعطاء الاختصاص في التكيف إلى قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع في العلاقة القانونية المتضمنة ببقانون الأجنبي بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق عليها ويعود الفضل في ظهور هذه النظرية إلى الفقيه الفرنسي بارتان وقد اعتمد في تأسيسها على فكرة السيادة وعلى أساس أن التكيف تفسير لقاعدة إسناد وطنية واستباق التكيف لعملية الإسناد.

موقف المشرع الجزائري من التكيف

إذا ما قمنا بتحليل نص المادة 09 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بما وصل إليه الفقه من تطور فقهي وتشريعي في مجال نظرية التكيف فقد قنن الفكرة كقاعدة عامة وأخضعها إلى قانون القاضي ووضع لها استثناءات نحاول تلخيصها فيما يلي:

1-القاعدة العامة

نظم المشرع الجزائري نظرية التكيف بنص قانوني صحيح أخذ فيه بنظرية خضوع التكيف إلى قانون القاضي وذلك في نص المادة 09 وتنص "....."

بفهم من هذا النص أن التشريع الجزائري قد أخذ بالتكيف كمرحلة أولية تسبق مراحل التنازع الأخرى، كما أخذ بنظرية التكيف التي نادى بها الفقيه الفرنسي بارتان وبالتالي فإن الرجوع إلى القانون الجزائري لتحديد طبيعة النزاع المعروض على القاضي الجزائري وإدراجه ضمن طائفة معينة من الطوائف القانونية كالقانون التجاري مثلا أمر لا يمكن تجاوزه أي أن المشرع الجزائري لم يقصد المفهوم الضيق للقانون الجزائري وإنما قصد المفهوم الواسع الذي يشمل كل المصادر القانونية المخصوص عليها في المادة الأولى من القانون المدني والمتمثلة في التشريع والشريعة الإسلامية والعرف وقواعد العدالة .

-ما يمكن قوله أن القانون الجزائري قد نظم فكرة التكيف كمبدأ عام ومرحلة أولية لا بد منها قبل البدء في أية مرحلة من مراحل البحث عن القانون الواجب التطبيق وقد أخضع هذا المبدأ إلى قانون القاضي كقاعدة عامة وليس للقانون المختص أو القانون المقارن غير أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الحالات يتعذر فيها تطبيق تلك القاعدة العامة:

أ-حالة المعاهدة أو نص قانون خاص: قيد المشرع تطبيق القاعدة الواردة في نص المادة 9 من القانون المدني الجزائري التي تعطي الاختصاص إلى قانون القاضي في مسألة التكيف بعدم وجود معاهدة دولية نافذة في الجزائر تحدد القانون الذي يحكم التكيف في العلاقات القانونية دلت العنصر الأجنبي التي يثور بشأنها نزاع أمام القاضي الجزائري.

ب-الاستحالة المادية للقانون الجزائري:في حالة ما إذا عرض على القاضي الجزائري في

علاقات ذات عنصر أجنبي نظاما قانونيا يجهله قانونه الداخلي كما لو كان ما يسمى في القانون المالطي بحق الزواج المحتاج أو نظام الانفصال الجسماني فإنه لا يستطيع القاضي الجزائري تطبيق القاعدة العامة المنصوصة في المادة 09 وإنما الرجوع إلى الاستثناء الوارد في المادة 12 التي تنص "...."

ج- حالة الفعل المرتكب وخضوعه إلى قانون المحل الذي ارتكب فيه: وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد يخضع العقل فيها إلى قانون المحل الذي ارتكب فيه وذلك في نص المادة 20 من القانون المدني الجزائري التي تنص "....."

وبالتالي فإنه من اختصاص القانون المحل الذي تم فيه ارتكاب الفعل وليس قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

د- حالة المال وخضوعه من حيث التكيف إلى قانون موقعه وليس قانون القاضي:

حدد المشرع الجزائري قاعدة الاسناد التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق على المال في المادة 17 من القانون المدني "....." وأخضع كل من طرق كسب المال وحيازته والحقوق الواردة عليه إلى قانون موقعه فهو الذي يحدد ما هي الأموال التي تعد عقارات وتلك التي تعتبر منقولات.

إن نية المشرع من وضع هذا الاستثناء هو جعل تطبيق القانون الأجنبي كاملا دون تجزئته وهو أمر محبذ في جميع التشريعات.

الإحالة

إن خصوصية قواعد الاسناد باعتبارها تمثل أنظمة وطنية لتنازع القوانين تؤدي إلى اختلافها من دولة لأخرى لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية التي تسندها بعض الدول لقانون الجنسية بينما تخضعها دول أخرى لقانون الموطن هو ما يؤدي حتما لحصول تنازع بين قواعد الاسناد في قانن القاضي وبين قواعد الاسناد في القانون الاجنبي المعين.

تعريف الاحالة

هي مصطلح قانوني يقصد به تلك الحالة التي يتم فيها قبول تطبيق القانون الذي تشير به قواعد الاسناد في القانون المختص من طرف القاضي المعروض عليه النزاع فهذه الحالة وما يشابهها تكون عندما يتصدى القاضي المعروض عليه النزاع لإعمال قاعدة الاسناد في قانونه الوطني بتطبيق قانون أجنبي معين.

صور التنازع

1-التنازع الإيجابي

عندما تتمسك كل من قاعدتي الاسناد في القانونين باختصاصها مثال ذلك التنازع الحاصل بين القانون الجزائري والقانون الانجليزي في شأن تصرف جزائري مقيم بإنجلترا يتعلق بأهليته فالقانون الانجليزي مختص طبقا لقواعد التنازع الانجليزية التي تضبط حكم الحالة والاهلية بقانون الموطن والقانون الجزائري مختص أيضا طبقا للمادة 100 من القانون المدني باعتباره قانون جنسية الشخص المعني ومثال ذلك أيضا التنازع بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي في شأن ميراث منقول لجزائري متوطن ومتوفي بفرنسا فالقانون الجزائري يتمسك باختصاصه طبقا للمادة 16 من القانون المدني باعتباره قانون جنسية المورث والقانون الفرنسي مختص طبقا لقواعد التنازع الفرنسية التي تطبق على الميراث المنقول آخرموطن للهلك وهنا يمكن للقاضي الذي تستند له قاعدة التنازع الاختصاص حل النزاع دون اللجوء إلى إحالته ففي المنال يطبق القاضي الجزائري القانون الجزائري إذا عرض عليه النزاع ويصرف النظر عن حكم القانون الانجليزي.

2-التنازع السلبي

يحصل عندما يعلن كل من القانونين عدم اختصاص سواء قانون القاضي أو القانون الأجنبي فمثلا لو كان نزاع منصب حول تصرف انجليزي متوطن في الجزائر يتعلق بحالته أو أهليته فنجد قاعدة الاسناد الانجليزية تقضي بإخضاع أهلية الشخص الانجليزي للقانون الجزائري باعتباره قانون موطنه وتقضي قاعدة التنازع الجزائرية بإسناد الأهلية لقانون الجنسية وهو القانون الانجليزي. إذن كلا القانونين يتخلى عن الاختصاص التشريعي ويسند كل منهما حكم النزاع لصالح الآخر أو قانون ثالث هنا تطرح الإحالة وبناء عليه تخلص إلى أن الإحالة تكون في حالة التنازع السلبي وحده.

أنواع الإحالة

1-الإحالة من الدرجة الأولى

تكون الإحالة بسيطة أو من الدرجة الأولى في الحالات التي تؤدي فيها تطبيق قاعدة الاسناد في القانون الأجنبي المختص إلى الرجوع إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع وتطبيق قواعد قانونه الموضوعية وينتهي الأمر عند هذا الحد مثال طرح منازعة متمثلة بميراث على عقار كائن في لبنان المتوفي يحمل الجنسية الفرنسية الميراث أمام القاضي اللبناني يحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانن جنسية المتوفى بينما قواعد الاسناد في هذا القانون الأخير تعقد الاختصاص لقانون موقع العقار أي للقانون اللبناني. واضح من هذا المثال أن القانون الفرنسي المختص قد تخلى عن اختصاصه لقانون القاضي الناظر في المنازعة ، لقد نص المشرع الانجليزي على هذه الأخيرة في نص المادة 23.

2-الإحالة من الدرجة الثانية

الإحالة في هذه الحالة ليست بسيطة وإنما هي من الدرجة الثانية يتعدد فيها التخلي عن الحكم من قانون لآخر في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بدءا بقانون القاضي ومرورا بالقانون المختص وانتهاء بتطبيق القانون دولة ثالثة مثال على ذلك أن تعترض مسألة قانونية تتعلق بأهلية الانجليزي على القضاء الفرنسي ويكون ذلك الانجليزي متوطنا في إيطاليا فإن قاعدة الاسناد الفرنسية تعطي الاختصاص إلى القانون الانجليزي باعتباره قانون جنسية الشخص المختص وبالرجوع إلى هذا القانون يجد القاضي الفرنسي أن قواعد الاسناد فيه تعطي الاختصاص بدورها إلى قانون الموطن فيرجع القانون الإيطالي ويطبقه في قواعد الموضوعية فيكون قد أخذ بالإحالة من الدرجة الثالثة وقد تخلى هذا الأخير لصالح قانون آخر إلى مالا نهاية.

موقف القضاء من الإحالة

بعد الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية لعام 1874 الذي أصدرته في قضية فورجو استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى التي تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع.

لقد جاءت قواعد القانون المدني الصادرة في 1975 خالية من أي إشارة إلى الإحالة فلم نشر إلى الأخذ بها أو رفضها كما فعلت قوانين الدول بل سكت المشرع الجزائري عن ذلك مما يؤدي بنا إلى التساؤل عن حكم هذا السكوت.

لقد ذهب المرحوم الأستاذ علي علي سليمان إلى القول بأن المشرع لم يأخذ بالإحالة مادام لم يوجد نص صريح بذلك. رغم أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فيه فائدة للقانون الجزائري كون أن الجزائر دولة مستوردو للأجانب.

كما يرى الأستاذ حبار محمد الابن في عدم الأخذ بالإحالة في القانون الجزائري أفضل لأن الأخذ بها قد يسبب انتهاكا لحقوق الأجانب لأنها دولة إسلامية.

أما بعد التعديل الواقع طبقا للقانون 05-10 سنة 2005 فقد نص على هذه الأخيرة بنزعها طبقا لنص المادة رقم 23 و 23 مكرر 01 بالنسبة للإحالة الداخلية:

-باستقراءنا لنص المادة 23 مدني جزائري نجد أن المشرع الجزائري قد أكد على القواعد والأحكام التي تحكم الإحالة الداخلية التي كان معمولاً بها من قبل التعديل عندما يتعلق الأمر برعايا الدول التي تنعدم فيها النظم القانونية ويعرض الأمر على القاضي الجزائري

-لقد جاءت المادة 23 مكرر أكثر دقة ووضوحاً حيث جاء في نص المادة 10 "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه".

كما أضاف المشرع فقرة جديدة جاء فيها "إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".

-يستفاد من مضمون هذه الفقرة الجديدة أن المشرع اعتمد في التعديل الجديد ضابطين في حالة عدو وجود نص في القانون الأجنبي المختص يمكن بواسطة أحدهما تطبيق قانون معين على النزاع المطروح أمام القاضي الجزائري يتمثلان في ضابط القانون الغالب في هذا البلد شريطة أن يكون هذا البلد متعدد الشرائع. ضابط التشريع المطبق في عاصمة البلد.

بالنسبة للإحالة الدولية

يجب التفرقة بين أحكام وقواعد الإحالة الدولية أو الإحالة الداخلية وأن المشرع الجزائري قبل التعديل نظم الإحالة الداخلية دون الدولية وهذا ما تداركه في نص المادة 23 مكرر 01 بعد التعديل.

باستقراءنا لنص المادة 23 مكرر 01 نجد أن المشرع نص صراحة على عدم الأخذ بالإحالة في حالة الرجوع إلى القانون الأجنبي المختص التي تشير إلى تطبيقه قواعد الاسناد الوطنية وهو ما نصرح به هذه الفقرة "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنزع القوانين من حيث المكان".

أما بالنسبة للفقرة الثانية من هذه المادة فقد أخذ المشرع الجزائري صراحة بالإحالة ويطبق القانون الجزائري بدلاً من القانون الأجنبي في الحالات التي يرجع فيها القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع إلى القانون الأجنبي المختص ويجد فيه قواعد التنازع تتخلى عن الحكم لصالح القانون الجزائري وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية بقولها "غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين من القانون الأجنبي المختص".

ترتيب قواعد الاسناد في القانون الجزائري

يقوم المشرع الوطني لكل دولة ومنها المشرع الجزائري على وضع قواعد خاصة بإسناد العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى قانون دولة معينة يكون هذا لأخير على صلة بكل العلاقات أكثر من غيره.

مما لا شك فيه أن وضع هذه القواعد يتم وفقاً للواقع الذي يتماشى والطوائف الرئيسية لتلك العلاقات القانونية المتعددة بتعدد نشاط الفرد في المجتمع وتشعباتها التي لا يمكن للمشرع كما سبق القول أن يحصرها سلفاً ويحدد القانون الذي يحكمها بحسب كل فئة على انفراد وبناءً على ذلك فقد وضع المشرع

الجزائري قواعد الاسناد التي تحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي ورتبها من الناحية المنهجية على النحو الآتي

-قاعدة إسناد خاصة بالتكليف واردة في المادة 09

-قواعد إسناد تتعلق بالعلاقات التي تدرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية بدء بالحالة الأهلية وانتهاء بالوصية وذلك في المواد من 10 إلى 16 م ج

-قواعد إسناد خاصة بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المتعلق بالمال والقانون الذي يحكمه في المادة 17 مج

-قواعد إسناد تحكم كل العلاقات التي ترتب التزامات تعاقدية وفقا للمادة 18 م ج

-قواعد إسناد تنظم العلاقات القانونية من حيث شكلها والقانون الذي يحكمها وذلك في المادة 19 م ج

- قواعد إسناد تنظم كل ما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية وفقا للمادة 20 م ج

- قواعد إسناد خاصة بالمعاهدة في المادة 21 م ج

- قواعد إسناد خاصة بحال تعدد الجنسيات أو انعدامها في المادة 22 م ج

- قواعد إسناد خاصة بحالة تعدد التشريع في الدولة الواحدة في المادة 23 م ج

- قواعد إسناد خاصة بالنظام العام في المادة 24 م ج

ونشير في الأخير إلى أن المشرع الجزائري قد أضاف في التعديل الجديد قواعد إسناد لم تكن موجودة من قبل هي:

- قاعدة إسناد خاصة بإثبات النسب الخاص بالولد الشرعي الواردة في المادة 13 مكرر.

- قاعدة إسناد خاصة بالأموال المعنوية واردة في المادة 17 مكرر

-قاعدة إسناد خاصة بالاختصاص القضائي الدولي واردة في المادة 21 مكرر

-قاعدة إسناد خاصة بالإحالة واردة في المادة 23 مكرر 1

-قاعدة إسناد خاصة بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص التي يجب تطبيقها في حالة عدم وجود نص وارد في المادة 23 مكرر

وعلي يمكن القول بأن قواعد الإسناد التي جاء بها المشرع الجزائري في تعديله الجديد قدمت عدة جوانب قانونية كانت غير منظمة في قواعد الإسناد الجزائرية القديمة وبالتالي قد سدت نقصا ملحوظا تميزت به قواعد التنازع الجزائرية قبل اليوم.

-لما كان المشرع الجزائري قد اتبع هذه التقاسيم وهذا الترتيب عند وضعه قواعد الإسناد الجزائرية فإننا سوف نتناول في دراستنا الأحوال الشخصية والقانون الذي يحكمها ثم المال والقانون الذي يطبق عليه ثم

الالتزامات التعاقدية والقانون الذي يسري عليها ثم شكل التصرف والقانون الذي يطبق عليه ثم الالتزامات غير التعاقدية

الأحوال الشخصية والقانون الواجب التطبيق عليها

يراد باصطلاح الأحوال الشخصية في مجال دراسة القانون الدولي الخاص. كل المراكز القانونية التي تربط الفرد بأسرته ويرتب عليها القانون أثار قانونية كأن يكون أبا أو أبناء وبحكم هذه المراكز القانونية قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص أو يرتبط بها إما بناء على رابطة الموطن أو على أساس حق الدم أي ضابط الجنسية.

وقد اختلف الفقهاء واختلفت التشريعات في اعتماد ضابط الإسناد الخاص بالقانون الشخصي فمنهم من رأى إسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية ومنهم من أناطها بقانون الموطن.

الاتجاه الأول: خضوع الأحوال الشخصية لقانون الجنسية استند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة حجج من بينها ضابط الجنسية يحقق لفرد الاستقرار إلى جانب بقايا رعايا الدولة خاضعين لسيادة قانون دولتهم في الداخل والخارج وبالتالي الشعور بالعودة إلى الدولة التي ينتمي إليها.

الاتجاه الثاني: خضوع الأحوال الشخصية لقانون الموطن لقدرة أنصار هذا الاتجاه على الحجج السابقة بحجج مضادة منها: أنه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية مما يسهل توحيد موطن الأسرة كما أن هذا الأخير الذي يقلل من انعدام الموطن وانعدام الجنسية في بعض الحالات كما أنه أيضا يحقق استقرارا أكثر للفرد من ضابط الجنسية.

مما يمكن استخلاصه أن الأخذ بضابط الموطن أو الجنسية يعود إلى ظروف كل دولة ومدى نشاط الهجرة إلى الخارج فيها والهجرة إليها.

الدراسة التطبيقية لقواعد الإسناد على الأحوال الشخصية في النظام الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بالأحوال الشخصية في القانون المدني أو في قانون الأسرة ولكن بفهم من تصفح مضمون قانون الأسرة أنه يدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالحالة الأهلية وكل ما يتعلق بالزواج والنفقة والكفالة والتبني والهبّة والوقف وإثبات النسبة والولاية....

-الحالة المدنية

المقصود من اصطلاح الحالة هو مجموعة الصفات التي تلحق بالشخص ويتحدد بها المركز القانوني له سواء من حيث الحقوق التي يتمتع بها أو الواجبات التي يتحملها.

ولما كانت المدنية لم تعد تعني الشخص الطبيعي فحسب بل تشمل الشخص المعنوي أيضا فإننا سندرس الحالتين.

أ-الشخص الطبيعي: يمكن تحديد حالة الشخص الطبيعي في مجموعة من الصفات التي بها يرتبط بأسرته وتميزه في نفس الوقت عن بقية الأشخاص الآخرين وقد نصت المادة 1 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل " تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية". إلا أن المشرع ومن أجل التدقيق في هذه المادة عدل في صياغتها في القانون رقم 05-10

المؤرخ في 20 جوان 2005 وأصبح على النحو التالي" يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد اخذ بضابط الجنسية في مجال الأحوال الشخصية كما أنه قد جعل قاعدة الإسناد هذه مزدوجة تبين من خلالها متى يكون القانون الجزائري مختصا ومتى يكون القانون الأجنبي مختصا فعلى سبيل المثال فقد أوجبت المادة 28 من القانون المدني الجزائري أن يكون لكل شخص أم ولقب فأكثر وأن لقب الشخص يلحق أبناؤه وأن تكون الأسماء جزائرية حسب العادات والتقاليد.

ب-الشخص الاعتباري (المعنوي): يوجد من الناحية القانونية إلى جانب الشخص الطبيعي الشخص الاعتباري ويتمتع بمجموعة من المسائل والنظم القانونية تعتبر حالة خاصة به على حالة الشخص الطبيعي مثل توكونه وتمتعه بالحالة الشخصية القانونية والطريقة إدارته وتمثيله وبعبارة أخص كل ما يخص نظامه القانوني.

لم يكن في القانون الجزائري سابقا ضابط إسناد واضح فيما يخص النظام القانوني الذي يحكم الأشخاص الاعتبارية كما أن المادة 4/50 من القانون المدني الجزائري اكتفت بالذعن على أن يكون للشخص المعنوي الحق في الموطن الذي يتحدد بمركز الإدارة باعتباره من الحقوق المميزة له.

يبدو أن الصياغة الجديدة لذعن المادة 10 قد أزال التغموض حيث أخذ المشرع معيارا موحدًا يمكن من خلاله معرفة القانون الذي يحكم الشخص الاعتباري هذا المعيار هو مقر مركز الإدارة الرئيسي والفعلي وإذا كانت الفقرة 3 من المادة 10 قد جاءت بالقاعدة العامة المعتمدة لمقر مركز الإدارة الرئيسي والفعلي فإن الفقرة الرابعة من نفس المادة قد أوردت استثناء عنها يجعل القانون الجزائري هو المختص في حالة ممارسة الشخص الاعتباري نشاطه فوق الاقليم الجزائري.

الأهلية

تعتبر الأهلية من أهم المواد في الأحوال الشخصية وقد اختلفت النظم القانونية بشأن عوامل تحديدها ولو أن أهمية الأهلية تقتضي إسنادها إلى القانون الشخصي كمبدأ عام إلا أن المسألة أوسع ومحل خلاف في الفقه والتشريع المقارن بحيث يجب التمييز بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب وكذا الأهليات الخاصة وحالات انعدام الأهلية.

في البداية يتحدد مضمون الفكرة المسندة فيما يعتبر من الأهلية أو غيره حسب القاعدة العامة في التكيف.

القانون الواجب التطبيق على الأهلية ونطاقه طبقا للقانون الجزائري

القاعدة العامة في القانون الجزائري أن أهلية الشخص المراد حمايته يطبق عليها قانون الجنسية فكل التصرفات التي يقوم بها الجزائري سواء في الداخل أو في الخارج تخضع إلى القانون الجزائري باعتباره قانون الجنسية وذلك طبقا للقاعدة العامة الواردة ذفي ف1/10 التي قضت صراحة بأن الحالة المدنية والأهلية بالنسبة للجزائريين يرجع في شأنها إلى القانون الجزائري ما يفهم من هذه المادة أن الأجانب أيضا ينطبق على أهليتهم قانون جنسيتهم.

نطاق تطبيق قانون الجنسية

لما كان قانون الجنسية هو الذي يطبق على أهلية الشخص فإنه هو الذي يرجع إليه للتحقق والتأكد من عدة مسائل قانونية لها علاقة بأهلية الأداء للشخص منها على سبيل المثال والتي يختص بها طبقا للمادة 10 من القانون المدني.

-هو الذي يحددها إذا كان الشخص بالغاً سن الرشد أو ناقص الأهلية أو عديمها.

-هو الذي يحدد قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية.

-هو الذي يحدد لنا الأشخاص الذين يحق لهم الحق في الطعن في التصرفات التي يقوم بها ناقص الأهلية.

-هو الذي يحدد لنا عوارض الأهلية كالجنون والسفه والعتة.....

الاستثناء الوارد على القاعدة العامة

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بتطبيق قانون الجنسية على أهلية أداء الشخص فإن المشرع الجزائري قد وضع لها استثناء يطبق فيه قانون القاضي على أهلية الشخص بدلا من قانون الجنسية وذلك حسب نص الفقرة 2/م10 بقولها "ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة....".

يستفاد من هذا النص أن الأهلية تخضع إلى قانون القاضي كاستثناء إذا توافرت لبشروط القانونية:

أ-يجب أن يكون التصرف الأجنبي مال

ب-يجب أن يكون التصرف تم في الجزائر ونتج آثاره فيها

ج-يجب أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه وكامل الأهلية وفقا لقانون الجزائر

-أن يكون نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء ولا يسهل على الطرف المتعاقد مع الأجنبي تبينه (افتراض حسن النية عند التعاقد)

2 -الروابط العائلية

يندرج ضمن الروابط العائلية علاقات الأسرة التي تتمثل لافي الزواج والعلاقة بين الأصول والفروع والعلاقة بين الأقارب والمواريث والوصايا والهبات

-الزواج: لا شك أن الزواج هو أساس الأسرة ومن أهم مظاهر هذه الحالة المدنية للشخص الطبيعي ويعتبر الزوتج من أفسح المجالات في العلاقات القانونية سواء كانت على المستوى الداخلي أو على صعيد العلاقات الدولية الخاصة التي تحدد فيها المسائل القانونية وتثور بصدها مسألة تنازع القوانين ومن ثم صعوبة تحديد القانون الذي يحكمها الزواج هو المجال الخصب لتنازع القوانين.

ولما كان الزواج على هذا النحو من الأهمية فإن المشرع الجزائري قد وضع قواعد إسناد تحكمه من حيث إنشائه وآثاره وإنحلاله.

-**الخطبة:** لقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون الأسرة" هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها" إذن الخطبة عبارة عن مقدمة زواج تدخل في نطاق الأحوال الشخصية .

-لم ينص المشرع الجزائري على قاعدة إسناد في القانون المدني الجزائري لبيان القانون الذي يحكم مقدمة الزواج أو الخطبة غير أن الفقه قد أخضعها إلى القانون الشخصي أي قانون جنسية الشخص.

مجال تطبيق القانون الشخصي على الخطبة

إن تحديد الشروط الشكلية والموضوعية للخطبة هي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة السالفة الذكر.

يحرم بينهما الزواج مثل المصاهرة أو الرضاع فإنها تخضع لقانون جنسية الشخص الخاطب والمخطوبة.

أما الشروط الشكلية للخطبة فإنها تخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري التي تجعل شكل التصرفات تخضع إلى قانون البلد الذي أبرم فيه أما بالنسبة إلى قواعد الإثبات التي يرجع إليها لإثبات الخطبة فإنها تخضع إلى القانون الذي يحكم شكل الخطبة الذي أشارت إليه القواعد العامة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

الشروط الموضوعية والشكلية للزواج والقانون الذي يحكمها

يعتبر الزواج من التصرفات الإرادية ولذلك من الطبيعي أن تكون له شروط موضوعية وأخرى شكلية ويجب التنبيه منذ البداية أن مسألة تحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية وما يعتبر من الشروط الشكلية هي مسألة تتعلق بالتكييف وتخضع لقانون القاضي طبقا للمادة 09 من القانون المدني الجزائري.

يمكن تحديد الشروط الموضوعية وفقا للشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

1- شرط التراضي: أي إتحاد مجلس الإيجاب والقبول

2- شروط النفاذ: من صحة الولاية والنيابة

3- شروط الزوم: التي تتصل بتحديد الصداق والمهر والكفاءة والعقل.....

4- شروط انتقاء الموانع: مثل التحريم

وقد حدد المشرع الجزائري هذه الشروط في المواد 9-23-25-26-27 من قانون الأسرة الجزائري.

-لقد وضع المشرع الجزائري قواعد إسناد تحكم الزواج من حيث انعقاده ومن حيث آثاره ومن حيث انحلاله.

-بالنسبة إلى مجال إبرام عقد الزواج وشروطه الموضوعية نصت المادة 12 من القانون المدني " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصفة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين". لقد أخذ المشرع الجزائري بالتطبيق الموزع فيما يخص الشروط الموضوعية للزواج بحيث أخضعها إلى قانون كل من الزوجين

-أورد المشرع الجزائري استثناء على القاعدة العامة التي حددتها المادة 11 من القانون المدني الجزائري والتي أخضعت الشروط الموضوعية لعقد الزواج إلى قانون الجنسية لكل من الطرفين وقد جعل المشرع الاختصاص وهذا الإستثناء للقانون الجزائري وحده وهذا ما نصت عليه المادة 13 من نفس القانون بقولها " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

الشروط الشكلية لعقد الزواج

يخضع الزواج باعتباره تصرفا قانونيا من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية وهي قاعدة لو كيس الواردة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأن تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا لقانون الموطن المشترك الجنسية أو للقانون الذي يسري أحكامها الموضوعية.

وقد أخذ المشرع الجزائري باختبارية القاعدة ذلك أنه أعطى الاختيار للمتعاقدین بين شكل الزواج وفقا لقانون المحل الذي تم فيه أو وفقا لقانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدین أو القانون الذي يحكم التصرف وفي كل هذه الحالات يعتبر شكل الزواج صحيحا حسب نص المادة 19 من القانون المدني وبالرجوع إلى المواد 95-97-71 من قانون الحالة المدنية لسنة 1970 نجدها كلها تخص الشكل وتقضي باختصاص قانون محل الإبرام إذا كان الزوجين أو أحدهما أجنبي ولكن شريطة أن يكون الأجنبي مقيما في الجزائر لمدة سنة على الأقل حسب المادة 71 من قانون الحالة المدنية في حيث أجازت للسلك الدبلوماسي أو القنصلي الجزائري إبرام الزواج حديث الشكل المقرر في الجزائر لو كان الزوج وحده جزائريا.

الآثار المترتبة على الزواج والقانون الذي يحكمها

نظم المشرع الجزائري قاعدة إسناد يمكن عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وذلك في المادة 12 من القانون المدني الجزائري التي تنص " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال". وقد عدلت هذه المادة حيث نص " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج".

باستقراء نص هذه المادة نستنتج أن عقد الزواج يربط آثارا شخصية وآثار مالية.

-آثار الزواج الشخصية

هذه الآثار هي عبارة عن مجموعة من الحقوق والواجبات بعض على الزوج وبعض على الزوجة وهناك متبادلة بين الزوج والزوجة مثل ما تقرره الشريعة الاسلامية من حق الزوج نحو زوجته في الطاعة والقيام على شؤونها والتنقل معه إذا لزم الأمر وحق الزوجة في النفقة عليها ومن الآثار المتبادلة من حسن

المعاشرة والاحترام والمعيشة وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد هذه الآثار منصوص عليها في المواد من 36 إلى 39 ومنه

-آثار الزواج المالية

لا يترتب عقد الزواج وفقا لأحكام الشريعة آثارا مالية والعلة من ذلك هي أن الذمة المالية لكل من الزوجين مستقلة استقالاتا أما في النظم الفرنسية وعلى وجه الخصوص الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية فإنه يترتب آثارا مالية يتحدد فيها حقوق والتزامات كل طرف.

القانون الذي يحكم آثار الزواج.

القاعدة العامة أن الآثار التي يترتبها عقد الزواج تخضع إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج أي قانون الجنسية وقت إبرام الزواج سواء تعلق الأمر بالآثار الشخصية أم المالية وهو ما تنص عليه المادة 12 لقد جاء المشرع الجزائري بهذه القاعدة على خلاف القاعدة العامة التي وضعها بخصوص الشروط الموضوعية لإبرام عقد الزواج في المادة 11 من القانون المدني.

الاستثناء الوارد في المادة 13 بالنسبة إلى آثار الزواج والقانون الذي يحكمها

لقد جعل المشرع في المادة 13 العلاقة الزوجية التي يكون فيها الزوج أجنبيا بينما الزوجة جزائرية تخضع إلى القانون الجزائري وحده بالنسبة إلى آثار الزواج على عقد الزواج المبرم بين الزوجة الجزائرية والزوج الأجنبي.

بطلان الزواج والقانون الذي يحكمه

أن يتعلق أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية في عقد الزواج يؤدي إلى بطلانه والرأي الراجح في الفقه يتجه إلى إخضاع الزواج وتقضي المادة 12 قام بالنسبة إلى الزواج الصحيح بينما استبعدت الزواج الظني.

انحلال الرابطة الزوجية والقانون الواجب التطبيق على ذلك.

انحلال الرابطة الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري تكون إما بالإرادة المنفردة للزوج أو عن طريق التطلق وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

-لقد وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد تبين القانون الذي يحكم حل الرابطة الزوجية في المادة 12 من القانون المدني الجزائري حيث تنص " يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى" وقد عدلت وأصبحت " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليه الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج".

"ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تفادى النقص والفراغ القانوني الذي كان موجودا في المادة 12 التي كانت مقتصرة فقط على انحلال الزواج بالتطليق وفي الحالتين أبقى قاعدة الإسناد التي تحكم النوعين موحدة وهي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

أما بالنسبة للقانون الذي يحكم الطلاق بالإرادة المتفردة فلم تنص عليه المشرع الجزائري إلى قاعدة إسناد وبالتالي نأخذ بالقاعدة الهامة التي تأخذ بقانون جنسية الزوج وقت النطق به واعتمادا أيضا على نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري.

-يحدد قانون جنسية الزوج وقت الطلاق بالإرادة المنفردة وقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالنسبة إلى التطليق والتفريق الجسماني كل ما يتعلق بأحوال النفقة وتقدير التعويض لأحد الزوجية.

الاستثناء الوارد على انقضاء الزواج جاء في المادة 13 من القانون المدني الجزائري الذي يعطي الاختصاص للقانون الجزائري وحده في الحالات التي يكون فيها أحد الزوجين جزائريا بدلا من قانون جنسية الزوج

ونشير في الأخير أن العلاقة الزوجية التي تنشأ جزائرية ثم يغير الزوج جنسيته تبقى خاضعة للقانون الجزائري عند الانقضاء.

العلاقة بين الأقارب

العلاقة بين الأقارب أساسها القرابة وهي إما أن تكون قرابة مباشرة "المادة 33 ف1 م ج" وهي العلاقة ما بين الأصول والفروع أو قرابة غير مباشرة تسمى قرابة الحواشي (وهي رابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر "م 33 ف2" فمثلا عن ذلك توجد قرابة المصاهرة وبموجبها يصبح أقارب أحد الزوجين قريبا للزوج الآخر في القرابة والدرجة نفسها (م 35 مدني)

-وأهم أثر بترتيب هذه العلاقة هو واجب الاتفاق بين الأقارب والمقصود بالنفقة بين الأقارب تلك النفقة التي تنقرر وفقا للقواعد الموضوعية العادية التي تحددها القوانين في مختلف الدول وهي أنواع:

1- النفقة الزوجية: بوصفها أثرا من آثار الزواج الشخصية وهي خاضعة لقانون جنسية الزوج عند إبرام الزواج.

2- نفقة الأصول على الفروع أو العكس: وهذه يحكمها القانون المختص بالبنوة سواء كانت شرعية أو طبيعية.

3- النفقة الوقتية: وتخضع لقانون القاضي وهي النفقة التي يحكم بها القاضي كتدبير مؤقت مستعجل ريثما يفصل في الدعوى وهذه النفقة تخرج عند حكم النفقة من الأقارب الواردة في المادة 14 من قانون المدني الجزائري.

4- النفقة بين الأقارب: وقد خصها المشرع الجزائري بالمادة 14 مدني والتي تقضي "يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها" أي أن قانون جنسية الشخص المطالب بهذا الالتزام المتمثل في النفقة على أقاربه وهو الواجب التطبيق وليس قانون جنسية الشخص الذي وجبت النفقة من أجله.

2- حماية القصر أو النظم الخاصة بحماية ناقصي أو عديمي الأهلية أو الغائبين

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالنظم القانونية التي تحمي ناقصي أو عديمي الأهلية أو الغائبين كالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية التي تحمي هذه الفئات في المادة 15 واعتبر هذه النظم من الأحوال الشخصية والمقصود من الولاية في هذا المجال الولاية على المال وليست الولاية على النفس لأن هذه الأخيرة تدخل في آثار الزواج.

القانون الذي يحكم نظم ناقصي الأهلية

طبقا لنص المادة 15 التي تنص " يبين قانون الشخص الذي يجب حمايته قواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجوزين والغائبين.

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد قرر الأخذ بقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته دون قانون جنسية الشخص الذي يتولى بالحماية المقررة قانونا على ناقص الأهلية.

أما بعد التعديل فقد أضاف المشرع الجزائري فقرة ثانية أورد فيها استثنائين على القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى.

1- في حالة وجود ناقصي أعديمي الأهلية أو الغائبين فوق إقليم جزائري وتنفيذ تدابير استعجالية في شأنهم فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق وليس قانون جنسية الشخص المحمي.

2- إذا كانت أموال ناقصي أو عديمي الأهلية أو الغائبين موجودة في الجزائر واتخذت في شأنها تدابير استعجالية فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق عليها وليس قانون جنسية الشخص المحمي

كل الإجراءات الواجبة الاتباع المتعلقة بحماية ناقص الأهلية أو عديم الأهلية وكذا قواعد الاختصاص التي تحدد الجهات المختصة بالنظر في كل المسائل التي تثار بصدد هذه الحماية من اختصاص قانون القاضي وهو ما أشرنا عليه والوارد في الفقرة 2م 15 التي جعلت التدابير الاستعجالية من اختصاص القانون الجزائري.

الميراث والوصية

وضع المشرع الجزائري قاعدة إسناد خاصة بالميراث في نص المادة 16 التي تنص " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

ونشير إلى أن التعديل الجديد غير عبارة التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بعبارة التصرفات التي تنفذ بعد الموت.

ويفهم من هذا النص أن القانون الواجب التطبيق على الميراث هو قانون جنسية المورث وقت وفاته إلا أنه يرد على هذا المبدأ استثناءات حيث يطبق قانون موقع المال على الحقوق الواردة على العقارات مثل تحديد حقوق دائمي المتوفين بأمواله وشهر حق الإرث وآثار هذه الشهر والجزاء المترتب على عدم الشهر.....

كما لا يطبق قانون جنسية الميراث وقت وفاته في الحالات التي تخالف النظام العام كأن يجيز لغير مسلم أن يرث المسلم. المادة 773 "حكم التركة بدون وارث"

الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

الوصية هي تصرف إداري في التركة مضاف إلى بعد الموت ينقل بمقتضاه الموصى إلى الموصى له على وجه التبرع ملكية كل أو بعض أمواله أو أي من حقوقه المالية ويلحق بها في الحكم التصرفات المضافة ظغلي ما بعد الموت مثل التصرفات المنصوص عليها في المادتين 776-777 ق م ، وقد أدخل القانون الجزائري نظام الوصية في نطاق الأحوال الشخصية

للوصية شروط شكلية وأخرى موضوعية

تخضع الشروط الموضوعية المتعلقة بإجراء الوصية إلى قانون جنسية المتوفى والخاصة بالأمر المتعلقة بالمال التي تستند إلى قانون موقعه مثل إنشاء التصرفات العقارية أو شهرها أو نقلها في حالة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام.

أما بالنسبة للشروط الشكلية فإن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معيناً تجرى فيه الوصية ومن ثم تجوز حتى في الشكل العرفي.

كما أنها تخضع للقاعدة العامة في المادة 19 التي تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه أو لقانون الموطن المشترك أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

حكم التصرفات المضافة لما بعد الموت

اعتبر المشرع الجزائري كل التصرفات القانونية الصادرة في حالات معينة يكون الشخص مريض مرض الموت ويكون المقصود منها التبرع فهي مضافة إلى ما بعد الموت أي لا تنفذ إلا بعد الموت وهو ما تقضي به المادة 776 من القانون المدني الجزائري وكذلك حكم المادة 777 الخاصة بتصرف المورث لصالح أحد الورثة وعليه تخضع أحكامها لأحكام الوصية.

إثبات النسب والكفالة

لقد تفتن المشرع الجزائري إلى الفراغ الذي كان يسود قواعد التنازع الجزائية بصفة عامة

1-إثبات النسب

جعل المشرع الجزائري في المادة 13 مكرر الاختصاص التشريعي بالنسبة لإثبات النسب والاعتراف به وإنكاره لصالح قانون جنسية الأب الذي يعتريه في مجال النسب بقانون جنسيته وقت ميلاد الطفل.

أما إذا توفي الأب قبل ميلاد الطفل فإن القانون الذي يحكم النسب والاعتراف به وإنكاره هو قانون جنسية الأب وقت وفاته.

2-الكفالة والتبني

أحدث المشرع الجزائري في التعديل الجديد قاعدة إسناد جديدة خاصة بنظامي الكفالة والتبني جعل فيها الاختصاص في مسألة صحتها إلى كل من قانون جنسية الكفيل والمكفول في الكفالة وقانون جنسية المتبني والمتبني وقد وقد وضع قاعدة إسناد تنظمهما في المادة 13 مكرر 1.

الهبة والقانون الذي يحكمها

الهبة هي عبارة عن عمل قانوني يقوم من خلاله الواهب بإخراج ملكية الموهوب لفائدة الموهوب له دون عوض

نظم المشرع الجزائري القانون الذي يحكم الهبة في المادة 16 من القانون المدني الجزائري حيث أضافت في فقرتها الثانية قاعدة إسناد تضمنت أحكامها تصرفين ماليين من حيث الموضوع ولكنها تغلب عليها الطابع الشخصي وهما الهبة والوقف مع العلم أن قانون الأسرة قد تناول الأحكام الموضوعية للهبة في المواد ابتداء من المادة 202 وانتهاء بالمادة 212 وبالتالي أسند المشرع الهبة إلى قانون الشخصي وليس إلى القانون الذي يحكم الأموال وخص بها قانون جنسية الواهب وليس قانون جنسية الموهوب.

الوقف والقانون الذي يحكمه

الوقف هو تصرف من التصرفات القديمة المعروفة قديما وعرفته الجزائر في الشريعة الإسلامية حيث نظمه المشرع الجزائري في قانون الأسرة م 213 "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق" لقد أسند المشرع الجزائري الاختصاص التشريعي لصالح قانون جنسية الواهب وقت إجرائه وذلك في الفقرة 2 مادة 16.

القانون الذي يحكم المال

إن ضابط الاسناد في الأحوال العينية يستمد من موضوعها وليس من الأطراف العلاقة على أساس أن موضوع العلاقة محل النزاع هو المال وهو العنصر المهيمن على العلاقة ولذا جرى العمل منذ القديم لإخضاع العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي المنصبة على المال وخاصة منها المادية إلى قانون موقعها.

1- القانون الواجب التطبيق على المال المادي

أ- القانون الذي يحكم العقار

لا توجد صعوبة في تحديد القانون الذي يطبق على العقارات الثابتة لأنها ثابتة في مكانها إذ يسهل التعرف عليها وعلى القانون الذي يحكمها والجزائر كغيرها من التشريعات تسند المال إلى قانون موقعه ونستنتج ذلك من نص المادة 17 من القانون المدني "أن تكييف المال سواء كان عقارا منقولاً لا يخضع إلى قانون الدولة التي يوجد فيها المال وبالتالي فإن التكييف في هذا المجال لا يخضع إلى القاعدة العامة الواردة في المادة 9 والتي تخضعه لقانون القاضي بل أصبح استناداً منصوصاً عليه بقاعدة إسناد خاصة تجعله من اختصاص قانون موقع المال.

ب- القانون الذي يحكم المنقولات

جاء في نص المادة 17 من القانون المدني ما يلي "يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق الأخرى أو فقدها" يستفاد من هذه الفقرة أن القاعدة العامة بالنسبة للمنقولات المادية وفقاً للتعديل الجديد هي التي يجب خضوعها إلى قانون موقعها الفعلي أو الحقيقي وقت تحقق سبب حيازتها إلا أن الأشكال يثور عند تطبيق هذه القاعدة العامة على بعض المنقولات مثل السفن والطائرات والقطارات لأنها تحمل بضائع وهنا يصعب تحديد القانون المطبق على هذه المنقولات

1- السفن والطائرات

تعود صعوبة تحديد موقع السفن والطائرات إلى الحركة التي تتمتع بها كل منهما بسبب كون هذه الأخيرة قد تدخل في مجال ليست للدولة سلطة سيادة عليها ورغم ذلك فإن الرأي الراجح فقها وقضاءاً يتجه إلى الأخذ بقانون الحكم الذي تحمله السفينة أو الطائرة والمقصود بقانون العلم هو قانون الدولة التي سجلت فيها وبالتالي فإن الاعتداء ليس بمكان وجودها الفعلي بل بمكان وجودها القانوني.

2- القطارات وعربات السكك الحديدية

تعتبر القطارات وعربات السكك الحديدية من وسائل النقل الحديثة وتعود صعوبة تحديدها موقعها إلى سهولة تنقلها وقد ذهب الرأي الفقهي الراجح إلى الأخذ بقانون الدولة التي يتم فيها تسجيلها

البضائع: اتفق الفقه على أنها تخضع إلى قانون البلد الذي سوف تصدر إليه نطاق تطبيق قانون المال

-قانون موقع المال هو المختص بإعطاء الوصف القانوني لهذا المال وذلك طبقاً لنص المادة 17 من القانون المدني " يخضع تكييف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها" كما أنه يختص في تحديد أحكام الحيازة مثلاً من حيث أسباب كسبها وانتقالها وزوالها.....

كما أنه يحدد لنا الحقوق العينية الأصلية كما حددها المشرع الجزائري يشمل حق الملكية الانتفاع والاستعمال والسكن والاتفاق.....

والحقوق العينية التبعية وتشمل طبقاً للقانون الجزائري الرهن الرسمي والحيازي وحق الامتياز.

-أسباب كسب الملكية والتي حددها التشريع الجزائري في الاستيلاء والشفعة والوصية والعقد والالتصاق والحيازة والمكسب والميراث.

-أما بالنسبة للعقود الواردة على العقار فإنها تبقى خاضعة إلى قانون الجنسية طبقا لنص المادة 18 إلى جانب شكل العقود التي تبقى خاضعة إلى مضمون المادة 19

ما يخرج من نطاق المادو 17 من القانون المدني هو الأمور الخاصة بالميراث والوصية طبقا لنص المادة 16 من القانون المدني.

2-القانون المطبق على المال المعنوي.

أضاف المشرع الجزائري مادة جديدة هي المادة 17 مكرر تطبق على المال المعنوي والمقصود من المال المعنوي أو غير المادي هو عبارة عن أشياء غير ملموسة ولا تقع تحت الحس البشري ولكنها تصلح أن تكون محلا للحق وتشمل ما يسمى بالملكية الأدبية والصناعية والفنية.

تعرف الأموال المعنوية بأنها الأموال التي لا يمكن تحديدها باللمس بل ، بالحواس الأخرى، ويعترف بالحقوق التي تقرر عليها و ما يرد عليها من حقوق هي حقوق معنوية أو سلطات يقرها القانون لشخص على شيء معنوي و منها حق المؤلف على مصنفه الأدبي، أو الموسيقي،... و حق المخترع على اختراعه، وكذا حق المصمم على تصميمه .

و تعرف أيضا على أنها حقوق لا تمارس على أشياء مادية ، كما لا تمارس ضد شخص معين ومنها حق المؤلف.

أنواع الأموال المعنوية : لقد حدد المشرع الجزائري أنواعا للمال المعنوي ومنها، حق المؤلف ، الاسم التجاري ، العلامة التجارية ، براءة الاختراع ، الرسوم النموذجية ، و الصناعية

وقد أرفق المشرع بكل حق أو مال معنوي من هذه الأموال بتحديد مكانها الافتراضي أو القانوني و تسهيل لأعمال قاعدة الإسناد التي تحكم المال المعنوي في قواعد التنازع

و يمكن أن تتحدد أنواع الأموال المعنوية في:

الحقوق الذهنية : و التي تشمل حق المؤلف ، المبدع ، السينمائي ، المسرحي ، الإبداع الفني والعلمي، حق المخترع ، حق مصمم أو مؤلف الرسم النموذجي الصناعي

أموال معنوية متصلة بمنشأة تجارية : و هي العلامة التجارية ، الاسم التجاري .

حقوق مالية أخرى: و قد يطبق البعض أموال معنوية أخرى ، كحق الدين ، الأسهم الاسمية والسندات الاسمية.

موقف المشرع الجزائري من حقوق المؤلف : إن المشرع الجزائري نص على القاعدة العامة كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق سواء بالنسبة للمنقول المادي أو المعنوي و ذلك في نص المادة 17 قبل تعديل القانون المدني، أين جمع بين الأموال المادية و المعنوية تحت قاعدة المنقولات تخضع " إلى مكان تواجد المال وقت تحقق السبب الذي تترتب عليه الحيازة أو الملكية و الحقوق العينية الأخرى"

باستقراء هذه المادة نجد أن المشرع حدد ضابط إسناد واحد للمنقولات دون أن يفرق بين المنقول المادي و المعنوي، و يكون المشرع في هذا التحديد غير منتقد لأنه يهدف إلى تحديد ضابط الإسناد ومنه تحديد القانون الواجب التطبيق ، أن غير الإشكال الذي يبقى قائم عند تفعيل و تطبيق هذه المادة في القوانين يكمن في عدم معرفة مكان تواجد المال المنقول المعنوي ، وذلك لأن هذا الأخير لا يقع تحت الحس و بالتالي من الصعب تحديد موقعه أو مكانه حتى يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق.

إن هذا الإشكال دفع المشرع الجزائري إلى تعديل قواعد التنازع ليخصص قاعدة إسناد خاصة للمنقول المعنوي و ذلك في تعديله في للقانون المدني في مادته 17 مكرر التي نصت "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب على كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

حيث أبقى على ذات القاعدة أو ضابط الإسناد السابق غير أنه عمد في 2 ، 3 ، 4 ، 5 إلى تحديد مكان المال المعنوي أي ، تحديد مكان قانوني للمال المعنوي وعليه فان حق المؤلف تضمنته الفقرة الثانية م من 17 مكرر ح بان دد مكان حق المؤلف بمكان نشر المصنف او انجازه.

أما فيما يخص براءة الاختراع فقد حدد مكانها ليسهل إعمال قاعدة الإسناد المتضمن إخضاع المال المعنوي إلى قانون مكان وجوده وقت تحقق السبب الذي تترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها . إذ أعتبر المخترع الجزائري " مكان براءة الاختراع هو " البلد الذي منح براءة الاختراع" و يكون بذلك المشرع ساير الرأي الفقه القاضي بهذا التحديد في المكان.

موقف المشرع الجزائري بالنسبة للرسوم و النماذج الصناعية هو ذاته بالنسبة لإخضاع المال المعنوي إلى مكان تواجده و قت تحقق السبب ، أن غير تحديد مكان الرسوم و النموذج الصناعيين أخصه المشرع في تعديل قانون المدني في المادة 17 مكرر ف 4 بتحديد مكان تواجد هذا المال المعنوي بأن اعتبر مكانه هو البلد الذي سجل أو أودع فيه.

حدد المشرع الجزائري 17 إخضاع العلامة و الأسماء التجارية حسب المادة 17 مكرر ف 5 إلى مكان وجود الاسم التجاري و حدده ببلد المقر الرئيسي للمحل التجاري

قانون الإرادة.

نظم المشرع الجزائري قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات التعاقدية وذلك في المادة 18 من القانون المدني "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر"

والمقصود من عبارة الالتزامات التعاقدية هو التصرفات الإدارية التي يجريها الأفراد فيما بينهم في مجال العقود الدولية التي يكون أحد عناصرها أجنبيا ويحكمها القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين

لتحديد القانون الذي يحكم الإرادة هناك ضابطين ضابط الإرادة الصريحة في اختيار القانون الذي يحكم عقد المتعاقدين وهو ما جاء في نص المادة 18 فقرة 1 " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد" قد يسكت المتعاقدان عن رغبتهما في اختيار تطبيق قانون معين على عقدهما مما يؤدي بالقاضي المعروض عليه النزاع إلى اللجوء إلى البحث عن إرادتهما الضمنية خلال الظروف والملابسات المحيطة بإبرام العقد وقد جاء المشرع الجزائري بضابطين

الأول: هو ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وذلك طبقا لنص الفقرة 2 م 18 "في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة".

الثاني: هو محل إبرام العقد طبقا لنص المادة 3/18 "وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد

-الحالات التي تستبعد من نطاق قانون الإدارة: العقود الواردة على العقار م 18 و 2 و 3 شكل العقد م 19 الأهلية المادة 10

العقود التي تكن الدولة فيها طرفا بصفتها صاحبة سيادة كعقود العمل وعقود الأحوال الشخصية

القانون الذي يحكم شكل العقد: تجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري قد أعاد صياغة نص المادة 19 المنظمة لضابط الإسناد الذي يحدد القانون الذي يحكم شكل التصرف من الناحية الفنية حيث كانت خاصة بالعقود التي تبرم بين الأحياء وأصبحت تشمل جميع التصرفات سواء كانت عقدية أو بالإرادة المنفردة وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أخذ بقاعدة لو كيس التي نادت بالأخذ بالقانون المحل إلا أنه قد أخذ باختيارية هذه القاعدة حيث كان يجيز الاختيار بين قانون الموطن المشترك وقانون المحل الذي أبرم فيه العقد أو قانون الموطن المشترك الذي يحكم الموضوع.

الحالات التي تطبق فيها قاعدة لو كيس: تطبق هذه الأخيرة في مجال الأحوال الشخصية بما فيها الحالة المدنية والزواج ومجال الالتزامات التعاقدية م 18 في مجال الالتزامات التجارية.

الموانع التي تحول دون تطبيق قاعدة لو كيس

1- قانون موقع العقار: م 4/18 "غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"

2- الغش نحو القانون: في حالة وجود تحايل على القانون بتطبيق القاعدة فإنه يستبعد

3- النظام العام: مثال ذلك الزواج الديني في الكنيسة يعتبر من النظام العام في اليونان وهو يخالفه في الجزائر مما يستبعد تطبيق قانون المحل

4- الإحالة: من المعلوم أن قواعد الإسناد في كل الدول تتخلى في بعض الأحيان عن اختصاصها لصالح قوانين دول أخرى، و من ثمة إذا أحال القانون الوطني الإختصاص إلى قانون دولة أخرى فإن هذا التخلي يعد مانعا من تطبيق قاعدة لو كيس التي تقضي في فحواها بتطبيق قانون محل إبرام التصرف.